

Sentencia T-133/13

FUNDAMENTALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD-Principios de continuidad, integralidad y garantía de acceso a los servicios de salud

La fundamentalidad del derecho a la salud se hace efectiva a partir del cumplimiento de los principios de continuidad, integralidad y la garantía de acceso a los servicios, entre otros. Con base en ello, está constitucionalmente prohibido, salvo las excepciones previstas en la sentencia C-800 de 2003, que una entidad abandone el tratamiento al que se somete a una persona, su evolución diagnóstica y la búsqueda de alternativas para confrontar la enfermedad.

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Fundamental y prevalente

La Corte Constitucional ha establecido que los niños y las niñas, por encontrarse en condición de debilidad, merecen mayor protección, de forma tal que se promueva su dignidad. También ha afirmado que sus derechos, entre ellos la salud, tienen un carácter prevalente en caso de que se presenten conflictos con otros intereses. Adicionalmente, atendiendo al carácter de fundamental del derecho, la acción de tutela procede directamente para salvaguardarlo sin tener que demostrar su conexidad con otra garantía, incluso en los casos en los que los servicios requeridos no estén incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Igualmente, ha sostenido que cuando se vislumbre su vulneración o amenaza, el juez constitucional debe exigir su protección inmediata y prioritaria. De todo lo anterior se colige que los menores de edad gozan de un régimen de protección especial en el que prevalecen sus derechos sobre los de los demás y que cualquier vulneración a su salud exige una actuación inmediata y prioritaria por parte de todas las autoridades públicas, incluyendo al juez constitucional. Por ende, cuando la falta de suministro del servicio médico afecta los derechos a la salud, a la integridad física y a la vida de los niños y las niñas, se deberán modular o inaplicar las disposiciones que restrinjan el acceso a los servicios que requieren, teniendo en cuenta que tales normas de rango inferior impiden el goce efectivo de sus garantías Superiores. los menores de edad requieren de una atención en salud idónea, oportuna y prevalente, respecto de la cual toda entidad pública o privada tiene la obligación de garantizar su acceso efectivo a los servicios como lo ordena el artículo

50 Superior, en concordancia con los principios legales de protección integral e interés superior de los niños y niñas.

DERECHO A LA SALUD DEL RECIEN NACIDO-Tienen derecho a ser integrados al sistema de salud como dependientes de sus abuelos, sin exigirle el pago de una cuota adicional cuando se demuestre incapacidad económica

RECIEN NACIDO-Afiliación adicional al grupo familiar en calidad de cotizante dependiente

El menor de edad tiene derecho a la atención en salud desde el mismo momento de su nacimiento por parte de la entidad promotora de salud a la cual se encuentra vinculada su progenitora como beneficiaria, siempre que aquella no haya adelantado el acompañamiento pertinente para que la madre realice la afiliación de su hijo, o que habiéndole informado de tales trámites, aún no se le hubiere designado una institución responsable de las prestaciones a que haya lugar. Dicha vinculación a una EPS solo puede darse de tres formas, según lo ha considerado la Corte Constitucional: (i.) en calidad de cotizante dependiente de alguno de sus abuelos; (ii.) en condición de beneficiario de alguno de sus padres cuando estén en condiciones de cotizar como afiliado principal; o (iii.) como afiliado al régimen subsidiado previo ingreso al mismo de sus progenitores. En todo caso, los costos en que incurra la EPS deberían ser asumidos por la subcuenta de solidaridad del Fosyga. A pesar de tener garantizada la atención gratuita costeadada por el Estado en su primer año de vida, el alcance del derecho fundamental a la salud de los menores de edad conlleva a que estos desde el momento de su nacimiento tengan definida su afiliación al Sistema. Para tal efecto, ante la incapacidad económica para sufragar la prima adicional, la única opción que tiene es acudir al esquema subsidiado, el cual podría resultar no apropiado según las necesidades de cada usuario.

DESAFILIACION DE USUARIOS AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Ninguna EPS está autorizada para desafiliar al usuario por mora en el pago del aporte, por cuanto la norma no está vigente

Ninguna EPS está autorizada para desafiliar al usuario, luego de superar 3 meses ininterrumpidos de suspensión por mora en el pago del aporte ordinario o la UPC adicional, por cuanto la norma que permitía tal actuación no está vigente y dejó de surtir efectos jurídicos desde septiembre de 2012. Para el caso sub examine, la Corte concluye que la

entidad demandada conculcó el derecho fundamental a la salud del cotizante y todo su núcleo familiar, al impedirles su goce efectivo y atención profesional, con fundamento en reglas expiradas, que pueden fungir como verdaderas barreras administrativas en el acceso a las prestaciones médicas.

DERECHO A LA SALUD DE LOS NIÑOS EN TEMPRANA INFANCIA-Protección constitucional a recién nacidos

DERECHO A LA SALUD DE LOS NIÑOS EN TEMPRANA INFANCIA-Caso en que EPS suspendió afiliación y servicios de salud del grupo familiar por mora en el pago de UPC

DERECHO A LA SALUD DE LOS NIÑOS EN TEMPRANA INFANCIA-Orden a EPS incluir a nietos como cotizantes adicionales de su abuelo, hasta que alguno de los padres esté en capacidad de ingresar al sistema de salud de forma autónoma

Referencia: expediente T-3656690

Acción de tutela instaurada por Luis Ernesto García García, contra Saludcoop EPS.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá D.C., trece (13) de marzo de dos mil trece (2013)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Jorge Iván Palacio Palacio, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

D93.entro del proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bucaramanga que confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de la misma ciudad, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por Luis Ernesto García García contra Saludcoop EPS.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

El 5 de junio de 2012 el señor Luis Ernesto García García presentó acción de tutela contra Saludcoop EPS, en busca del amparo efectivo de sus derechos fundamentales a la vida digna y a la salud, así como la protección especial de sus nietos menores de edad.

El accionante comentó que por varios años ha estado afiliado junto con su grupo familiar a la EPS Saludcoop; puntualizó que sus beneficiarios son su compañera permanente Silvia Patricia Sánchez Romero, su hija Jessica Alexandra García Sánchez y sus nietos Cristian Fernando y Cristofer Fernando Amorocho García. Además, refirió que los niños están en precarias condiciones de salud, debido a su nacimiento prematuro.

Manifestó que la EPS Saludcoop le exigió la suscripción de una letra de cambio por 3.240.000 pesos, como garantía del pago de los servicios de salud que requirieran los niños.

Afirmó que para la cancelación del mencionado título valor le fueron concedidos plazos mensuales que no ha podido cumplir porque sus escasos ingresos solo le permiten asumir el costo de la afiliación que asciende a 164.000 pesos mensuales.

Indicó que su compañera permanente se dirigió a las instalaciones de la entidad accionada para cancelar las cuotas ordinarias mensuales de los meses de abril y mayo de 2012, dinero que fue aplicado a otro concepto, es decir, al capital de la letra de cambio; siéndole suspendido el servicio de salud a todo su núcleo familiar, sin explicación alguna.

Por tal motivo ha sufrido graves perjuicios y ha tenido que costear de forma particular consultas y medicamentos para la atención de los padecimientos de sus nietos, por valor de 400.000 pesos.

Para acreditar lo expuesto requirió que el juez de instancia ordenara a la EPS que allegue las historias clínicas de los menores de edad y la relación de pagos efectuados a esa entidad, entre otras pruebas.

Por lo anterior solicitó el amparo de sus derechos fundamentales a la vida digna y a la salud, así como la protección especial de sus nietos y, en consecuencia, que se ordene a la EPS Saludcoop la prestación inmediata del servicio médico para él y su núcleo familiar, manteniendo la afiliación referida. También reclamó el reintegro de las sumas canceladas

por concepto de consultas, medicamentos y abonos a la letra de cambio.

2. Actuación en el juzgado de primera instancia

El Juzgado Primero Civil Municipal de Bucaramanga mediante auto fechado el 5 de junio de 2012, avocó conocimiento y admitió la acción de la referencia; de igual forma, solicitó a la entidad accionada que se pronunciara sobre los hechos que habían originado la tutela. No obstante lo expuesto, el término otorgado a Saludcoop EPS venció en silencio.

II. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

1. Primera Instancia

El Juzgado Primero Civil Municipal de Bucaramanga, en sentencia del 20 de julio de 2012, negó la solicitud de amparo con fundamento en que no se probó la existencia de vulneración alguna de los derechos fundamentales del actor, al considerar que el derecho a la salud es de carácter prestacional y no fundamental, como se lee:

“La Corte Constitucional en jurisprudencia ha sostenido que el derecho a la salud es un derecho de mera prestación que puede ser objeto de amparo constitucional cuando su vulneración o amenaza signifiquen violación a un derecho constitucional de carácter fundamental, generalmente los derechos a la vida y a la integridad personal (Art. 11 y 12 de la Constitución Nacional).

(...) En esta tutela no existe prueba alguna de que el petente haya quedado inerte para defender sus derechos fundamentales. En el presente asunto, donde sólo existe la manifestación del petente, sin prueba alguna que permita deducir la presente violación a un derecho fundamental y sin el menor asidero fáctico para concluir que el solicitante se encuentra en situación de indefensión, no puede proceder la tutela por doloroso que sea el caso personal de quien la impetra.”[1]

Aunado a lo expuesto concluyó que la protección constitucional no procede cuando el caso bajo examen versa sobre el reintegro de prestaciones económicas, en los siguientes términos: “no encuentra este despacho razón que justifique la presente acción, como bien lo establece la Corte, la acción de tutela, en razón a su naturaleza subsidiaria y residual, no es el mecanismo adecuado para solicitar el reembolso de prestaciones de naturaleza

económica.”[2].

2. Impugnación

El señor García García impugnó el fallo mediante escrito presentado el día 28 de junio de 2012, en el cual manifestó que la suspensión del servicio médico por parte de Saludcoop está afectando a sus nietos. Además, refirió que no fueron decretadas las pruebas solicitadas.

3. Segunda Instancia

El Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bucaramanga, mediante providencia del 31 de julio de 2012, confirmó la decisión de primera instancia al estimar que las reglas jurisprudenciales determinadas por la Corte Constitucional en materia de firma de títulos valores para garantizar servicios de salud son inaplicables al caso bajo estudio.

Igualmente, consideró que “la cobertura familiar comprende al núcleo familiar, como está definida por el art. 163 de la ley 100 de 1993 en concordancia con el art. 34 del Decreto 806 de 1998 que se extiende a los padres, esposa o esposo, compañero o compañera permanente y a los hijos. Tal cobertura no llega a los nietos como en el presente caso, pues la ley excluye expresamente. De otra parte, no se ha probado en la presente acción que alguno de los padres de los menores sea cotizante, bien como trabajador dependiente o como trabajador independiente, pues la única prueba arrimada al proceso, indica que el cotizante es LUIS ERNESTO GARCÍA GARCÍA.”[3].

III. ACTUACIÓN EN SEDE DE REVISIÓN

1. Mediante providencia del 8 de febrero de 2013, el magistrado sustanciador decretó algunas pruebas tendientes a obtener mayores elementos de juicio para verificar los supuestos de hecho que originaron la acción de tutela. Se solicitó al accionante que allegara los siguientes documentos:

(i.) Copia de algún documento de identidad (registro civil de nacimiento, tarjeta de identidad, NUIP, cédula de ciudadanía, entre otros), en el cual se acredite la fecha de nacimiento de sus nietos, de su hija y del propio accionante.

(ii.) Copia de la certificación de estudios de su hija Jessica Alexandra García Sánchez.

(iii.) Copia de los documentos que tenga en su poder, donde conste el diagnóstico o la situación médica de los niños Cristian Fernando y Cristofer Fernando Amorocho García.

Igualmente, se requirió a la entidad accionada que informara el estado actual de la afiliación del grupo familiar del señor Luis Ernesto García García, acreditado con el certificado de afiliación actualizado.

2. Dentro del término establecido para ello, el accionante remitió a esta Corporación las pruebas requeridas. De los documentos recibidos, la Sala resalta la siguiente información:

2.1. La madre de los párvulos cuenta con 18 años, toda vez que nació el 5 de junio de 1994[4]. Los dos niños tienen 15 meses de edad y su fecha de nacimiento fue el 17 de noviembre de 2011[5].

2.2. El menor Cristian Fernando nació en la semana 28.5 de gestación, en consecuencia, su nacimiento sucedió en un parto prematuro. Ha sido hospitalizado por periodos mayores a un mes, cuya valoración fue “mal estado general”, por consiguiente se le ordenó soporte de ventilación mecánica, con formulación de medicamentos[6].

En el tratamiento prescrito por los médicos tratantes se ha recomendado terapias físicas[7] y oxígeno domiciliario permanente[8]. Adicionalmente, producto de los exámenes que le han realizado, se advirtió en la ecografía transfontanelar, que tiene algunas anomalías patológicas[9]. La especificación del diagnóstico de los niños no se desarrolla en la presente providencia para conservar su intimidad.

2.3. El niño Cristofer Fernando también nació en forma prematura, durante la semana 28.5 de gestación. Desde ese día estuvo hospitalizado por un lapso de 2 meses y 22 días, debido a su “mal estado general” y a que los médicos concluyeron que tenía varias afectaciones graves de salud, por lo cual le fue suministrado soporte ventilatorio mecánico y fue dado de alta bajo prescripción de medicamentos[10].

Además, los resultados de las imágenes diagnósticas que le han practicado, corroboran los delicados padecimientos advertidos por el galeno a cargo. Con posterioridad fue ingresado

para cirugía general bajo el diagnóstico de neumonía no especificada y se le dio salida con manejo ambulatorio y medicamentos al siguiente día[11].

2.4. En el registro de controles médicos de los menores de edad, Cristian Fernando aparece como suspendido desde el 13 de febrero de 2012[12] y Cristofer Fernando a partir del 4 de mayo del mismo año[13].

3. Saludcoop EPS no respondió la solicitud de pruebas efectuada mediante Auto del 8 de febrero de 2013.

IV. PRUEBAS

- Folio 4, cuaderno núm. 1. Certificación de afiliación del accionante y su grupo familiar expedido por Saludcoop EPS.
- Folios 10 a 13, cuaderno de revisión. Registro de afiliaciones de Luis Ernesto García García en el Registro Único de Afiliados a la Protección Social – RUAF-[14].
- Folios 14 y 15, cuaderno de revisión. Registro de afiliaciones de Silvia Patricia Sánchez Romero en el RUAF [15].
- Folio 16, cuaderno de revisión. Registro de afiliaciones de Jessica Alexandra García Sánchez en el RUAF [16].
- Folio 17, cuaderno de revisión. Registro de afiliaciones correspondiente al número de identificación de Cristian Fernando Amorocho García en el RUAF [17].
- Folio 18, cuaderno de revisión. Registro de afiliaciones correspondiente al número de identificación de Cristofer Fernando Amorocho García en el RUAF [18].
- Folio 24, cuaderno de revisión. Copia de la contraseña de Jessica Alexandra García Sánchez, expedida por la Registraduría General de la Nación.
- Folio 25, cuaderno de revisión. Copia de la cédula de ciudadanía del accionante Luis Ernesto García García.
- Folio 26, cuaderno de revisión. Registro de afiliaciones a la Base Única de Afiliación

al Sistema de Seguridad Social, correspondiente a la cédula de ciudadanía de Jessica Alexandra García Sánchez.

- Folio 27, cuaderno de revisión. Registro de afiliaciones de Luis Ernesto García García en la BDUA.
- Folio 28, cuaderno de revisión. Registro de afiliaciones de Cristian Fernando Amorocho García en la BDUA.
- Folio 29, cuaderno de revisión. Registro de afiliaciones de Cristofer Fernando Amorocho García en la BDUA.
- Folio 30, cuaderno de revisión, copia del registro civil de nacimiento de Cristian Fernando Amorocho García.
- Folio 31, cuaderno de revisión. Copia del registro civil de nacimiento de Cristofer Fernando Amorocho García.
- Folios 32 y 33, cuaderno de revisión. Copia de las autorizaciones de servicios de salud para el niño Cristian Fernando Amorocho García, expedidas por Saludcoop EPS.
- Folio 34, cuaderno de revisión. Copia del registro de hospitalización de Cristian Fernando Amorocho García, expedido por la IPS Clínica Bucaramanga.
- Folio 35, cuaderno de revisión. Copia del resultado de las imágenes diagnósticas realizadas al menor Cristian Fernando Amorocho García, expedido por la Clínica Saludcoop Bucaramanga.
- Folio 36, cuaderno de revisión. Copia del registro de controles médicos del niño Cristian Fernando Amorocho García.
- Folio 37, cuaderno de revisión. Copia del resultado de las imágenes diagnósticas realizadas al menor Cristofer Fernando Amorocho García, expedido por la Clínica Saludcoop Bucaramanga.
- Folios 38 al 40, cuaderno de revisión. Copia del registro de hospitalización de Cristofer Fernando Amorocho García, expedido por la IPS Clínica Bucaramanga.

- Folio 41, cuaderno de revisión. Copia del registro de controles médicos del niño Cristofer Fernando Amorocho García.
- Folios 42 y 43, cuaderno de revisión. Copia del registro de hospitalización de Cristofer Fernando Amorocho García, expedido por la IPS Clínica Bucaramanga.
- Folio 45, cuaderno de revisión. Registro de afiliaciones de la compañera permanente del accionante Silvia Patricia Sánchez Romero en la BDUA [19].
- Folio 46, cuaderno de revisión. Registro de afiliaciones de la BDUA, correspondiente a la tarjeta de identidad de Jessica Alexandra García Sánchez[20].

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia.

Esta Sala es competente para revisar el fallo de tutela mencionado, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

2. Problema Jurídico.

Conforme lo expuesto, la Sala encuentra necesario abordar los siguientes problemas jurídicos:

¿Una EPS vulnera el derecho fundamental a la salud de unos niños en temprana infancia, al exigir el pago de una cuota adicional para afiliarlos como miembros del grupo familiar de su abuelo, con base en el artículo 40 del Decreto 806 de 1998, a pesar de que no tienen la capacidad económica para sufragar dicha imposición?

¿Vulnera los derechos fundamentales a la vida, la salud y la integridad de un grupo familiar, la decisión de la EPS de suspenderles la afiliación por mora en el pago de las cuotas mensuales correspondientes a un título valor con el que se garantizó el pago de la UPC adicional de unos cotizantes dependientes?

Para resolver los anteriores interrogantes, la Sala abordará los siguientes temas: (i) la fundamentalidad del derecho a la salud y los principios que la inspiran; (ii) la salud de los

niños y las niñas como derecho fundamental y prevalente; (iii) la afiliación de una persona adicional al grupo familiar en calidad de cotizante dependiente; (iv) el caso concreto.

3. La fundamentalidad del derecho a la salud y los principios que la inspiran. Reiteración de jurisprudencia.

3.1. La Constitución Política consagra el derecho a la seguridad social[21] y determina que la salud es un servicio público esencial a cargo del Estado[22]. Este Tribunal ha desarrollado paulatinamente el derecho a la salud y a través de la jurisprudencia se ha dedicado a determinar las pautas de su aplicación, alcance y defensa, tal como se explicará sucintamente a continuación.

En un primer momento, se justificó la procedibilidad de la tutela en virtud de la conexidad con los derechos fundamentales contemplados en el texto constitucional[23]. Al mismo tiempo, la protección autónoma de la salud se concedía solamente cuando el accionante era menor de edad, en concordancia con lo prescrito en el artículo 44 Superior y, en general, cuando el titular del derecho era un sujeto de especial protección[24].

3.2. Sin embargo, la Corte modificó su jurisprudencia al postular que el derecho a la salud, por su relación y conexión directa con la dignidad humana, es instrumento para la materialización del Estado Social de Derecho y por tanto, ostenta la categoría de fundamental. Dicha posición fue adoptada a partir de la Sentencia T-859 de 2003[25], en la cual esta Corporación consideró:

“Así las cosas, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado -Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias -, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas -contributivo, subsidiado, etc.-. La Corte ya se había pronunciado sobre ello al considerar el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos.

La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del

fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental.”

Adicionalmente este Tribunal ha precisado que la protección del derecho mediante la acción de tutela se limita “argumentando la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley, la jurisprudencia y los planes obligatorios de salud, con la necesidad de proteger una vida en condiciones dignas, sin importar cuál sea la persona que lo requiera.”[26]

En tal sentido, la jurisprudencia constitucional ha manifestado que si se cumplen los requisitos establecidos en la regulación legal y reglamentaria que determinan las prestaciones obligatorias en salud, así como los criterios de acceso al sistema, todas las personas pueden hacer uso de la acción de tutela para obtener la protección efectiva de su derecho fundamental a la salud ante cualquier amenaza o violación[27].

De esta forma, actualmente la Corte reconoce que el derecho a la salud tiene el carácter de fundamental, posición asumida claramente en la Sentencia T-760 de 2008, en los siguientes términos:

“El reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional. En efecto, la génesis y desenvolvimiento del derecho a la salud, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional, evidencia la fundamentalidad de esta garantía. (...) El Comité [de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] advierte que ‘todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente’,[28] y resalta que se trata de un derecho ampliamente reconocido por los tratados y declaraciones internacionales y regionales, sobre derechos humanos.[29] Observa el Comité que el concepto del ‘más alto nivel posible de salud’ contemplado por el PIDESC (1966), tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado, en tal sentido es claro

que éste no está obligado a garantizar que toda persona goce, en efecto, de 'buena salud', sino a garantizar 'toda una gama de facilidades, bienes y servicios' que aseguren el más alto nivel posible de salud.[30]"

3.3. Cabe señalar que para esta Corporación la salvaguardia del derecho fundamental a la salud se debe conceder, conforme los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad del sistema general de seguridad social, expresamente consagrados en el artículo 49 Superior. Además, ha indicado que las garantías de acceso a los servicios de salud están estrechamente relacionadas con algunos de los principios de la seguridad social, específicamente la integralidad y la continuidad. En la Sentencia T-760 de 2008 se consideró:

"Cuando el servicio incluido en el POS sí ha sido reconocido por la entidad en cuestión, pero su prestación no ha sido garantizada oportunamente, generando efectos tales en la salud, como someter a una persona a intenso dolor, también se viola el derecho a la salud y debe ser objeto de tutela por parte del juez constitucional.[31] Cuando el acceso a un servicio de salud no es prestado oportunamente a una persona, puede conllevar además de un irrespeto a la salud por cuanto se le impide acceder en el momento que correspondía a un servicio de salud para poder recuperarse, una amenaza grave a la salud por cuanto la salud puede deteriorarse considerablemente.

(...)De forma similar, los servicios de salud que se presten a las personas deben ser de calidad. Para las entidades obligadas a garantizar la prestación del servicio, respetar ese derecho, supone, por ejemplo, que a la persona no se le debe entregar un medicamento u otro tipo de servicio médico de mala calidad, que desmejore la salud de la persona.[32]

Si bien los conceptos de oportunidad, eficiencia y calidad de los servicios de salud comprenden muchos aspectos, la jurisprudencia constitucional se ha ocupado frecuentemente de problemas recurrentes a los cuales ha respondido aludiendo al principio de integralidad y al principio de continuidad, entre otros."

De esta forma, los principios de integralidad y continuidad, inmersos en las garantías de acceso, influyen claramente en la construcción de la fundamentalidad del derecho. Esto implica que el servicio sea prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y de calidad.

3.4. Dando alcance a lo referido anteriormente, esta Sala abordará el análisis del principio de continuidad en las prestaciones de salud[33], que conlleva la ejecución de los procedimientos de forma ininterrumpida, constante y permanente, sin que sea aceptable su suspensión sin una justificación constitucional pertinente. En desarrollo de este, puntualmente la Sentencia T-760 de 2008 expuso:

“Se garantiza pues, que el servicio de salud no sea interrumpido, súbitamente, antes de la recuperación o estabilización del paciente.[34] Para la jurisprudencia “(...) puede hacerse la distinción entre la relación jurídica- material, esto es la prestación del servicio que se materializa en una obligación de medio o de resultado según el caso, y la relación jurídica-formal, que se establece entre la institución y los usuarios.”[35] Una institución encargada de prestar el servicio de salud, puede terminar la relación jurídico-formal con el paciente de acuerdo con las normas correspondientes, pero ello no implica que pueda dar por terminada inmediatamente la relación jurídica-material, en especial si a la persona se le está garantizando el acceso a un servicio de salud.”

En cuanto a este principio la Corte, en Sentencia C-800 de 2003, estableció cuáles son los eventos constitucionalmente aceptables en relación a la determinación de interrumpir inesperadamente el servicio por parte de las EPS:

“Por otra parte, también se ha ido precisando en cada caso, si los motivos en los que la EPS ha fundado su decisión de interrumpir el servicio son constitucionalmente aceptables. Así, la jurisprudencia, al fallar casos concretos, ha decidido que una EPS no puede suspender un tratamiento o un medicamento necesario para salvaguardar la vida y la integridad de un paciente, invocando, entre otras, las siguientes razones: (i) porque la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos;[36] (ii) porque el paciente ya no está inscrito en la EPS correspondiente, en razón a que fue desvinculado de su lugar de trabajo;[37] (iii) porque la persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario[38]; (iv) porque la EPS considera que la persona nunca reunió los requisitos para haber sido inscrita, a pesar de ya haberla afiliado;[39] (v) porque el afiliado se acaba de trasladar de otra EPS y su empleador no ha hecho aún aportes a la nueva entidad;[40] o (vi) porque se trata de un servicio específico que no se había prestado antes al paciente, pero que hace parte integral de un tratamiento que se le viene prestando.[41]”

La jurisprudencia ha reconocido cuatro eventos constitucionalmente admisibles para la suspensión del servicio, pero al mismo tiempo ha conferido especial trascendencia al principio de continuidad en salud y a la obligación que tienen las entidades encargadas de materializarlo.

De esta forma, les ha vedado la posibilidad de suspender súbitamente la atención habiéndose iniciado los tratamientos o administrado los medicamentos, si como efecto de esta interrupción se vulneran o amenazan derechos fundamentales. Por tal motivo se ha exigido a la institución continuar con la prestación médica hasta tanto se supere la enfermedad o hasta que otra similar asuma la asistencia a que haya lugar[42].

Como consecuencia de lo expuesto, la Sala concluye que la fundamentalidad del derecho a la salud se hace efectiva a partir del cumplimiento de los principios de continuidad, integralidad y la garantía de acceso a los servicios, entre otros. Con base en ello, está constitucionalmente prohibido, salvo las excepciones previstas en la sentencia C-800 de 2003, que una entidad abandone el tratamiento al que se somete a una persona, su evolución diagnóstica y la búsqueda de alternativas para confrontar la enfermedad.

4. La salud de los niños y las niñas como derecho fundamental y prevalente. Reiteración de jurisprudencia.

4.1. El artículo 44 Constitucional consagra la prevalencia de los derechos de los niños y las niñas sobre los de los demás. Esta norma establece de forma expresa los derechos a la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social de los menores de edad son fundamentales. Asimismo, dispone que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño o niña para asegurar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus garantías.

Esta decisión del Constituyente se fundamentó en las condiciones de debilidad inherentes a todos los seres humanos durante esa etapa de la vida y en la obligación del Estado de “promover las condiciones para que el principio de igualdad se aplique en forma real y efectiva, así como a la necesidad de adoptar medidas en favor de quienes, en razón de su edad, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta”[43].

Ahora bien, la protección especial de los niños y las niñas en materia de salud, también ha

sido reconocida en diversos tratados internacionales ratificados por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad al tenor del artículo 93 de la Carta de 1991. La Corte ha recordado algunos de estos compromisos, en los siguientes términos[44]:

“(1) Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 24 reconoce ‘el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho, y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (...) b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud’;

(2) Declaración de los Derechos del Niño que en el artículo 4 dispone que ‘[E]l niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud, con este fin deberán proporcionarse tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados’;

(3) Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas fijó en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales algunos parámetros que propenden por la protección de los derechos fundamentales de los niños como por, ejemplo en el numeral 2° del artículo 12 del citado pacto se establece: ‘a), es obligación de los Estados firmantes adoptar medidas necesarias para ‘la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños’; mientras que el literal d) dispone que se deben adoptar medidas necesarias para ‘la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad’;

(4) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su artículo 24 establece: Todo Niño tiene derecho sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado;

(5) Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 19 señala que ‘todo

niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado’;

(6) Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 que, en su artículo 25-2, establece que ‘la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales’, y que ‘todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social’.”

4.2. En virtud de estas normas, la Corte Constitucional ha establecido que los niños y las niñas, por encontrarse en condición de debilidad, merecen mayor protección, de forma tal que se promueva su dignidad[45]. También ha afirmado que sus derechos, entre ellos la salud, tienen un carácter prevalente en caso de que se presenten conflictos con otros intereses[46].

Adicionalmente, atendiendo al carácter de fundamental del derecho, la acción de tutela procede directamente para salvaguardarlo sin tener que demostrar su conexidad con otra garantía[47], incluso en los casos en los que los servicios requeridos no estén incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Igualmente, ha sostenido que cuando se vislumbre su vulneración o amenaza, el juez constitucional debe exigir su protección inmediata y prioritaria[48].

De todo lo anterior se colige que los menores de edad gozan de un régimen de protección especial en el que prevalecen sus derechos sobre los de los demás y que cualquier vulneración a su salud exige una actuación inmediata y prioritaria por parte de todas las autoridades públicas, incluyendo al juez constitucional. Por ende, cuando la falta de suministro del servicio médico afecta los derechos a la salud, a la integridad física y a la vida de los niños y las niñas, se deberán modular o inaplicar las disposiciones que restrinjan el acceso a los servicios que requieren, teniendo en cuenta que tales normas de rango inferior impiden el goce efectivo de sus garantías Superiores. Especialmente, respecto de los recién nacidos este Tribunal ha resaltado:

“De esta forma, tanto las entidades públicas como privadas tienen un deber de cuidado sobre el bienestar de los niños, para lo cual deben procurar siempre, entre otros, garantizar que tengan el acceso al más alto nivel posible de salud y nutrición durante los primeros años de vida,[49] atendiendo en sus actuaciones al interés superior del menor.[50]

Por tanto, en desarrollo de los preceptos anteriores, el cuerpo normativo que regula la seguridad social en Colombia (Ley 100 de 1993) ha dispuesto mecanismos de protección para los niños en temprana infancia. Así, respecto a procedimientos garantizados, se dispuso que el plan obligatorio cubriría la educación, información y fomento de la salud, el fomento de la lactancia materna, la vigilancia del crecimiento y desarrollo, la prevención de la enfermedad, incluyendo inmunizaciones, la atención ambulatoria, hospitalaria y de urgencias, incluidos los medicamentos esenciales, y la rehabilitación cuando hubiere lugar.[51] Pero además, en cuanto a seguridad en nutrición, se indicó que las madres en embarazo y las madres de los niños menores de un año del régimen subsidiado, tienen derecho a recibir un subsidio alimentario con cargo al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.[52] ".[53]

En síntesis, los menores de edad requieren de una atención en salud idónea, oportuna y prevalente, respecto de la cual toda entidad pública o privada tiene la obligación de garantizar su acceso efectivo a los servicios como lo ordena el artículo 50 Superior[54], en concordancia con los principios legales de protección integral[55] e interés superior de los niños y niñas[56].

5. La afiliación de una persona adicional al grupo familiar en calidad de cotizante dependiente. Caso especial de los niños recién nacidos.

5.1. El artículo 49 Superior impone al Estado la obligación de organizar, dirigir y reglamentar la prestación de los servicios de salud a los habitantes, en concordancia con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

En desarrollo de tal mandato y en especial del principio de universalidad, el legislador dispuso que todos los colombianos tienen derecho a que el Estado les garantice tanto la afiliación al sistema de seguridad social en salud, como la atención eficiente y de calidad que requieran[57].

Así las cosas, la cobertura universal ordenada desde la Ley 100 de 1993 exige que todo individuo se encuentre incluido en cualquiera de los dos tipos de participantes en el sistema de salud de origen legal, es decir, como afiliados a los regímenes contributivo o subsidiado, o como sujetos vinculados[58].

En la primera categoría, respecto del régimen contributivo, la ley define que se trata de las personas con vínculo laboral vigente, los servidores públicos, los pensionados y los cotizantes independientes, así como sus beneficiarios. En el caso del subsidiado, el Estado afilia y se hace cargo de la población sin capacidad de pago, es decir, más pobre y vulnerable. Todos estos tienen derecho a la efectiva prestación de los servicios incluidos en el plan obligatorio de salud, como quiera que el Estado ha entregado previamente una prima de aseguramiento a las EPS, denominada unidad de pago por capitación –UPC– con la cual se financia su atención[59].

Por su parte, los vinculados se encuentran en una condición transitoria en la que reciben la atención en salud por parte de la red pública hospitalaria, hasta tanto restablezcan su precaria situación económica y puedan ingresar a alguno de los regímenes comentados anteriormente.

5.2. Bajo ese contexto, cobra vital importancia la determinación legal acerca de quiénes pueden ser considerados beneficiarios del afiliado, para efectos de ampliar la cobertura al mayor número de personas en el país.

Fue así como la Ley 100 de 1993 dispuso que el plan de beneficios se extendiera al núcleo familiar, esto es, al “cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que haga parte del núcleo familiar y que dependan económicamente de éste; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquéllos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de éste”[60].

Entiéndase entonces, que las personas mencionadas en la norma bajo cita tienen la calidad de beneficiarias del cotizante. Aunado a lo anterior, allí también se contempló que todo niño recién nacido se vinculará automáticamente en condición de beneficiario a la EPS en la que esté afiliada su madre, a saber:

“Todo niño que nazca después de la vigencia de la presente ley quedará automáticamente afiliado como beneficiario de la entidad promotora de salud a la que esté afiliada su madre. El sistema general de seguridad social en salud reconocerá a la entidad promotora de salud

la unidad de pago por capitación correspondiente, de conformidad con lo previsto en el artículo 161 de la presente ley”[61]

5.3. No obstante, si la progenitora ostentare la calidad de beneficiaria se debe proceder como lo determina el Decreto 806 de 1998, para el caso de las personas próximas al grupo familiar pero que no hacen parte de los enlistados en el artículo 163 antes referido. Para tal efecto, prescribió:

“Cuando un afiliado cotizante tenga otras personas diferentes a las establecidas anteriormente, que dependan económicamente de él y que sean menores de 12 años o que tengan un parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad, podrán incluirlos en el grupo familiar, siempre y cuando pague un aporte adicional equivalente al valor de la Unidad de Pago por Capitación correspondiente según la edad y el género de la persona adicional inscrita en el grupo familiar, establecidas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. En todo caso el afiliado cotizante deberá garantizar como mínimo un año de afiliación del miembro dependiente y en consecuencia la cancelación de la UPC correspondiente.

Este afiliado se denominará cotizante dependiente y tiene derecho a los mismos servicios que los beneficiarios.”[62]

De esta forma, dicha norma incluye la posibilidad de cobijar a personas que a pesar de no encuadrar en el grupo familiar determinado por la Ley 100, dependen de aquel y, por tanto, pueden ser afiliados como cotizantes dependientes. Sin embargo, esta figura opera bajo la exigencia de cancelar la unidad de pago por capitación adicional que corresponda.

Al respecto, el Decreto 47 de 2000 fijó las siguientes reglas para acceder a ese tipo de afiliación: i. pagar en forma oportuna y completa sus obligaciones con el sistema durante el trimestre inmediatamente anterior; ii. cancelar anticipadamente la UPC adicional por períodos mensuales y un 10% para la subcuenta de solidaridad del Fosyga[63]; iii. garantizar el pago ininterrumpido de la prima del cotizante dependiente por un periodo de 2 años, mediante la suscripción de un título valor; entre otras. Puntualmente, sobre esta última indicó:

“La inclusión en el núcleo familiar de otros miembros adicionales dependientes, sólo

procederá si el afiliado cotizante garantiza la afiliación de estos por un período mínimo de dos años. Para tal efecto deberá convenir con la EPS el mecanismo de garantía correspondiente, que podrá consistir en la suscripción de un título valor o el compromiso de permanencia. La pérdida de la condición de trabajador cotizante deriva en la desafiliación del afiliado adicional”.[64]

Igualmente, se consagró que en caso de retraso en los aportes adicionales, se desafiliará inmediatamente al cotizante dependiente y se le sancionará impidiendo su vinculación a ese grupo familiar durante 1 año. Por último, se incorporó el periodo de carencia[65] para el tratamiento de algunas enfermedades y se proscribió la atención de enfermedades preexistentes.

5.4. Particularmente, en relación con la situación de los niños en edad temprana hijos de padres menores de edad, la Corte ha reiterado que las EPS tienen algunas obligaciones de irrestricta observancia respecto de su atención, cuando estos sean beneficiarios del régimen contributivo, a saber:

“... aun cuando los hijos de madres beneficiarias, a su vez nietos de los afiliados cotizantes, no se encuentran incluidos en el grupo familiar beneficiario de aquél, la EPS correspondiente debe (a) brindar acompañamiento a sus usuarias que consiste en informarlas sobre los servicios médicos cuya prestación no les corresponda a fin de adelantar en la etapa de gestación las diligencias pertinentes destinadas a obtener la asignación de la entidad prestadora de salud o administradora que asumirá la atención del hijo que está por nacer[66] y (b) si la criatura nace y no ha sido asignada la entidad que prestará el servicio de salud la EPS está obligada a cubrir la atención médica del menor, con cargo al Fondo de Solidaridad y Garantía.”[67]

Es así como el menor de edad tiene derecho a la atención en salud desde el mismo momento de su nacimiento por parte de la entidad promotora de salud a la cual se encuentra vinculada su progenitora como beneficiaria, siempre que aquella no haya adelantado el acompañamiento pertinente para que la madre realice la afiliación de su hijo, o que habiéndole informado de tales trámites, aún no se le hubiere designado una institución responsable de las prestaciones a que haya lugar. Dicha vinculación a una EPS solo puede darse de tres formas, según lo ha considerado la Corte Constitucional: (i.) en

calidad de cotizante dependiente de alguno de sus abuelos; (ii.) en condición de beneficiario de alguno de sus padres cuando estén en condiciones de cotizar como afiliado principal; o (iii.) como afiliado al régimen subsidiado previo ingreso al mismo de sus progenitores[68]. En todo caso, los costos en que incurra la EPS deberían ser asumidos por la subcuenta de solidaridad del Fosyga.

A pesar de tener garantizada la atención gratuita costeadada por el Estado en su primer año de vida, el alcance del derecho fundamental a la salud de los menores de edad conlleva a que estos desde el momento de su nacimiento tengan definida su afiliación al Sistema. Para tal efecto, ante la incapacidad económica para sufragar la prima adicional, la única opción que tiene es acudir al esquema subsidiado, el cual podría resultar no apropiado según las necesidades de cada usuario[69].

Sobre el particular, esta Corporación en múltiples pronunciamientos[70] ha afirmado la procedencia de la flexibilización del requisito de pago de la UPC adicional, según la siguiente regla jurisprudencial:

“... en atención a las especiales circunstancias en las que se encuentran los niños recién nacidos que son fruto de la relación entre menores de edad, la Corte Constitucional les ha reconocido el derecho que tienen a ser integrados al sistema de salud como dependientes de sus abuelos, sin que se les exija el pago de una cuota adicional,[71] siempre que (i) éstos no cuenten con los recursos para cubrirla, (ii) y las alternativas de buscar la afiliación[72] del bebé en el régimen subsidiado o proveerle la atención médica como participante vinculado resulten inconvenientes de conformidad con el supuesto fáctico planteado.[73]”. (Subrayas fuera de texto original).

De conformidad con lo reseñado, los bebés podrían acudir al régimen subsidiado en compañía de alguno de sus progenitores, si fuere conveniente o no causare algún desmedro al goce efectivo de su derecho; no obstante, la Sala colige que la situación menos gravosa y más garantista para los niños en temprana infancia cuyos padres menores de edad son beneficiarios de un afiliado principal, es la permanencia en el contributivo sin condicionamientos económicos como el pago de la UPC adicional, según las condiciones específicas de cada caso. De esa forma, se optimiza disfrute del derecho a la salud de aquellos sujetos y se refrenda la especial protección constitucional que les otorga el

Estatuto Fundamental.

6. Caso concreto

6.1. El señor Luis Ernesto García García promovió acción de tutela en contra de Saludcoop EPS, con fundamento en que esta entidad está vulnerando sus derechos fundamentales y los de su núcleo familiar, compuesto por su compañera permanente, su hija y sus dos nietos recién nacidos, como quiera que aquella les suspendió la afiliación y consecuentemente el acceso al servicios de salud, por causas económicas.

El actor indicó que la EPS le exigió la suscripción de un título valor por más de 3 millones de pesos como garantía del pago de las prestaciones que pudieren necesitar sus nietos que se encuentran en delicado estado de salud, suma que le ha sido imposible de cancelar, incluso en cuotas mensuales.

Señaló que su compañera canceló el valor de los aportes ordinarios de abril y mayo de 2012; sin embargo, la EPS unilateralmente imputó dichos dineros al capital adeudado en la letra de cambio referida. Como consecuencia de lo anterior, les fue suspendida la afiliación y el servicio, por ende, como jefe del hogar y por estar a cargo de sus nietos, ha tenido que costear los tratamientos y medicamentos para los bebés Cristian Fernando y Cristofer Fernando, que requieren especial atención toda vez que su nacimiento fue prematuro.

El juez de primera instancia consideró que no existió violación alguna de los derechos fundamentales del actor, quien en su concepto solo pretendía el reintegro de algunas sumas de dinero, en consecuencia, denegó la solicitud de amparo.

A su turno, el fallador de segunda instancia desestimó la pretensión de tutela, por cuanto no encontró probada la trasgresión alegada, puesto que los nietos fueron excluidos de la cobertura familiar en salud según lo dispone la legislación vigente. Adicionalmente, refirió que en el caso sub examine no se reúnen las reglas jurisprudenciales para que proceda la acción de tutela ante la exigencia de títulos valores como garantía de un servicio de salud.

6.2. La Sala advierte que los hechos que fundan las afirmaciones que se retomarán en este numeral, no fueron controvertidos por la parte accionada, que guardó silencio en el

traslado de la demanda y en el término conferido por auto en sede de revisión. En tal medida se presumen ciertos y probados al tenor de la presunción de veracidad prescrita en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991[74].

6.3. *Prima facie*, respecto de los fallos de instancia, se observa que el a quo dio especial relevancia a que, al no acreditarse ninguna vulneración a los derechos a la vida y a la integridad personal, no debe concederse la solicitud de amparo, como quiera que el derecho a la salud es prestacional y no fundamental. Así, desconoció la evolución jurisprudencial en la materia, por cuanto este Tribunal desde el año 2003 ha venido reiterando la tesis según la cual este derecho es fundamental y autónomo, como se expuso en el capítulo inicial de la parte motiva de la presente providencia.

Sumado a ello, inobservó el artículo 44 Superior, que le otorga a la salud la calidad de fundamental tratándose de niños y niñas; mandato reafirmado por todos los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Colombia sobre ese tema y que se han incorporado por el bloque de constitucionalidad[75].

En relación con los anteriores ítems, la Sala insiste que el derecho a la salud ostenta la calidad de fundamental, máxime cuando la trasgresión se produzca sobre sujetos de especial protección constitucional. Por consiguiente, es inaceptable que cualquier juez de tutela exija la perturbación o puesta en peligro de la vida o integridad personal como condición para estudiar o conceder la protección.

Ahora bien, aunque es acertada la apreciación de improcedencia para resolver controversias económicas, no se advierte razón alguna que justifique que el fallador haya omitido el análisis de las demás amenazas presentes en el asunto bajo revisión, como las barreras en el acceso a las prestaciones médicas de todo el núcleo familiar, la interrupción en la continuidad del servicio y la situación de indefensión en que se encuentran los dos infantes recién nacidos.

En el mismo sentido, esta Corporación advierte que la decisión de segunda instancia con escasa motivación y fundamento jurisprudencial, determinó la negativa del amparo, limitándose a hacer la transcripción de una de las normas que regula la materia, pero sin detenerse en el estudio concreto de las condiciones particulares del accionante y su grupo familiar.

6.4. En atención a las pruebas que obran en el expediente, se tiene que el actor aportó el certificado de afiliación suscrito por la EPS Saludcoop, donde se registra que él, su compañera, su hija y sus dos nietos tenían la afiliación suspendida a 14 de mayo de 2012.

Al respecto, la Sala infiere que esa actuación tuvo sustento en la normatividad que faculta a la entidad aseguradora para interrumpir la afiliación cuando el cotizante esté en mora en el pago de los aportes correspondientes.

Sin embargo, este Tribunal advierte que no existe fundamento fáctico para tomar tal determinación, como quiera que el actor adujo haber cancelado las mensualidades de abril y mayo del año anterior, aunque la EPS unilateralmente decidió destinar esos dineros al capital adeudado por la garantía suscrita para el pago de la UPC adicional.

En contraste, esta Corporación considera pertinente recordar el numeral 2º del artículo 2 del Decreto 047 de 2000, donde expresamente se dispuso que no tendrá valor ningún aporte a la UPC adicional, cuando no se estuviere al día con los pagos de la cotización principal, como se lee:

“Artículo 2: Régimen para los cotizantes dependientes. Se establecen las siguientes reglas para los afiliados adicionales o cotizantes dependientes definidos en el artículo 40 del Decreto 806 de 1998: (...) 2. Cuando el afiliado cotizante incluya a un afiliado adicional e incurra en mora superior a treinta (30) días, el afiliado adicional será desafiliado. Para este efecto, se entiende que la representación del afiliado adicional está en cabeza del afiliado cotizante. Por ser la afiliación adicional inseparable de la afiliación del cotizante principal, el pago que se realice frente al afiliado adicional no tendrá valor si el afiliado cotizante no se encuentra al día con sus obligaciones.” (Negrilla y subrayas fuera de texto original)

En esos términos la entidad accionada no estaba autorizada para imputar los dineros recibidos a la letra de cambio, sino que tenía el deber de destinarlos a la obligación principal, como fue el deseo del accionante. Si Saludcoop hubiera actuado conforme a derecho, en ningún momento se hubiese constituido la mora que originó la suspensión del servicio, y por ende, a diferencia de lo planteado por los jueces de instancia, se habría concluido que no existe justificación alguna para suspender los servicios de salud del actor y de sus beneficiarios.

6.5. No obstante, la Sala encuentra que la situación es aún más delicada, como consta en la información que sobre el señor García y su familia obra en los registros públicos de información en línea del Ministerio de Salud y Protección Social[76], a saber:

Nombre

Documento de identidad

Tipo de Afiliado

Estado

Fecha de la novedad (procesamiento)

Entidad consultada

Luis Ernesto García García

C.C. 91.273.990

Cotizante Principal

DESAFILIADO

10-ene-13

RUAF

08-feb-13

RUAF

Activo

No registra

BDUA

Silvia Patricia Sánchez Romero

C.C. 63.497.207

Beneficiaria

DESAFILIADA

08-feb-13

RUAF

Activa

No registra

BDUA

Jessica Alexandra García Sánchez

T.I. 940605-21950

Beneficiaria

DESAFILIADA

08-feb-13

RUAF

DESAFILIADA

No registra

BDUA

C.C. 1.095.819.554

No registra ninguna información en el

RUAF ni en la BDUA con este documento de

identificación.

Cristian Fernando Amorocho García

R.C. 1.097.113.969

Adicional

DESAFILIADO

08-feb-13

RUAF

DESAFILIADO

No registra

BDUA

Cristofer Fernando Amorocho García

R.C. 1.097.113.970

Adicional

DESAFILIADO

08-feb-13

RUAF

DESAFILIADO

No registra

BDUA

En torno a estos datos, la Sala destaca que:

(i.) El actor estuvo desafiliado hasta el 8 de febrero del año en curso. A partir de esa fecha se registra activo, siendo el único miembro de su núcleo familiar con dicha condición en la actualidad.

(ii.) La información referida a su compañera permanente es disímil en las dos bases de datos consultadas, por cuanto en la primera se encuentra desafiliada según reporte del 8 de febrero de 2013; mientras que en la segunda aparece activa, pero sin definir la fecha de procesamiento. En esa medida, se considera que este registro puede estar desactualizado, razón por la cual se dará el valor probatorio pertinente al RUAF, que data de este año.

(iii.) Respecto de su hija de 18 años de edad[77], ella se encuentra desafiliada como mínimo desde el 8 de febrero de 2013, según el reporte que arroja su tarjeta de identidad. No se observó registro alguno con la cédula de ciudadanía.

(iv.) Sus dos nietos de 15 meses[78] se encuentran desafiliados al igual que su progenitora.

Por tanto, del Registro Único de Afiliados a la Protección Social se concluye que la EPS posiblemente desafilió al accionante y su grupo familiar al acreditar más de 3 meses de suspensión por mora en el pago, como lo consagraba el artículo 2 del Decreto 2400 de 2002 que modificó el artículo 10 del Decreto 1703 de 2002:

“ a. Transcurridos tres (3) meses continuos de suspensión de la afiliación por causa del no pago de las cotizaciones o del no pago de la UPC adicional, al Sistema General de Seguridad Social en Salud”. (Negrillas fuera de texto original)

No obstante, la Corte también rechaza esta actuación, porque si bien en apariencia, goza del sustento normativo citado, se debe advertir que este perdió su fuerza de ejecutoria en el ordenamiento jurídico colombiano, a causa de la declaratoria de nulidad por parte del Consejo de Estado, en sentencia del 29 de septiembre de 2011[79].

En el referido fallo, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo consideró que el Gobierno excedió la potestad reglamentaria al regular en aquellas disposiciones un asunto de exclusivo tratamiento legislativo, esto es, la creación de una restricción a la posibilidad de acceso al servicio público de salud no consagrado en la ley, como se lee:

“Ha expresado la jurisprudencia de esta Corporación que los límites de la potestad reglamentaria están señalados en cada caso en particular, por la necesidad de que sea cumplida debidamente la ley, de manera que si ella suministra todos los elementos indispensables para su cabal cumplimiento, nada habrá de agregársele y en consecuencia no es necesario su ejercicio; pero si faltan en ella, detalles necesarios para su debida aplicación, habrá lugar a proveer la regulación necesaria para su correcto cumplimiento a través del ejercicio de la potestad reglamentaria.

En el asunto en examen se observa que el Decreto 2400 de 2002, expresamente reglamenta los artículos 154, 157, 203 parágrafo y 271 de la Ley 100 de 1993, artículo 42.17 de la Ley 715 de 2001 y el artículo 99 de la Ley 633 de 2000.

En esas condiciones, el literal acusado, contiene un evidente desbordamiento de la potestad reglamentaria, el cual se deduce al comparar a doble columna el inciso reglamentario demandado con el precepto legal reglamentado”

Como consecuencia de lo anterior, en aras de reestablecer la juridicidad del sistema normativo y el principio de legalidad, declaró “LA NULIDAD del literal a) del artículo 10 del Decreto 1703 de 2002 y del literal a) del artículo 2º del Decreto 2400 de 2002, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia”.

6.6. Ahora bien, el caso de Cristian Fernando y Cristofer Fernando es más preocupante como quiera que en el trámite de revisión el señor García aportó documentos a partir de los cuales se acredita que los niños han venido padeciendo varios quebrantos de salud desde el momento de su nacimiento, teniendo que recibir tratamiento intrahospitalario y múltiples prestaciones de salud.

En esa medida, se demuestra la situación de desprotección en la que permanecen los menores de edad con ocasión de la suspensión y posterior desafiliación del sistema, lo que per se conlleva que no puedan acceder a los servicios de salud que requieran, no cuenten con los controles médicos pertinentes y oportunos, ni con el suministro de los medicamentos y los demás procedimientos que necesiten con el fin de lograr una evolución favorable de su diagnóstico.

De igual forma, ellos se encuentran en un limbo jurídico, en orden a que no está legalizada

su vinculación al sistema de seguridad social en salud en ninguno de los regímenes, por cuanto, se les retiró la calidad de afiliados adicionales en el régimen contributivo al cual está cotizando su abuelo, lo que desconoce gravemente el artículo 44 Superior y especialmente el mandato de universalidad. Esta situación podría afectar su desarrollo, específicamente, al no ser acreedores de los servicios de promoción y prevención que incluyen la vacunación gratuita.

El juez constitucional no puede obviar la situación de indefensión de los niños Cristian Fernando y Cristofer Fernando en torno a la cual se erige el deber de brindar una protección especial, dado su alto grado de vulnerabilidad. Además, el Estado en general, debe garantizar su bienestar prevalente, acorde con el Estatuto Fundamental y la jurisprudencia constitucional.

Por ello, en primer lugar, la Sala advierte que en momento alguno se debió haber producido la cesación del servicio y posterior desvinculación, en atención al contexto normativo y jurisprudencial reseñado a lo largo de toda esta providencia, máxime cuando los niños se encontraban en un tratamiento en curso desde el día de su nacimiento prematuro. En consecuencia, al interrumpir la atención médica y la afiliación, Saludcoop transgredió el derecho fundamental a la salud de Cristian Fernando y Cristofer Fernando, como mínimo en cuanto a la violación del principio de continuidad en el servicio.

Aunado a lo anterior, se colige que también desconoció los pronunciamientos de esta Corporación en razón de los cuales la EPS tenía la obligación de adelantar el acompañamiento y brindar la suficiente información para que la madre menor de edad gestionara la cobertura en salud para sus hijos. Como dicho mandato fue incumplido, sobre la entidad promotora de salud recae la responsabilidad de atención de los niños hasta tanto se decida su situación, dando eficacia directa a los artículos 44 y 50 Constitucionales.

6.7. En este punto, la Sala advierte que se reúnen las reglas fijadas por este Tribunal para garantizarles la afiliación como cotizantes dependientes de su abuelo materno Luis Ernesto García, exonerándolo del pago de la prima de aseguramiento adicional, bajo los siguientes argumentos:

6.7.1. El demandante no está en capacidad de cancelar mensualmente la UPC de los dos cotizantes dependientes, debido a que en su condición de jefe del hogar tiene a cargo a su

compañera permanente, su hija y sus dos nietos; por ende, imponer la carga de sufragar esas sumas y al mismo tiempo sus aportes como trabajador informal independiente, podría afectar sustancialmente la satisfacción de sus necesidades básicas y las de su familia[80].

6.7.2. En relación con el segundo aspecto, se tiene que debido a la relación de dependencia que guardan la madre y los niños con el abuelo cotizante, no procede la opción de vincularlos a través del régimen subsidiado, como quiera que no se han emancipado del núcleo familiar del señor García García, entonces, no se puede presumir que hacen parte de la población pobre y vulnerable hacia la cual está destinada la cobertura de ese régimen. Ahora bien, el traslado de régimen podría causar traumatismos y barreras en el acceso de los menores de edad, cambio de sus médicos tratantes, así como de las instituciones prestadoras que conservan sus historiales clínicos y donde se han venido ejecutando los tratamientos por ellos requeridos.

En consecuencia, la elección más garantista es conservarlos en el régimen contributivo como cotizantes dependientes de su abuelo, bajo el supuesto de no aportar la unidad de pago adicional por cada uno de los niños, dándoles verdadero tratamiento de beneficiarios del accionante. En esa medida, se cumple el segundo requisito jurisprudencial citado de manera precedente.

Aclara la Corte que actuar de forma contraria, desconoce de los derechos fundamentales de los menores de edad a la salud y la seguridad social, como también del especial deber de protección que el Estado y la sociedad tienen con los niños en temprana infancia, conforme las reglas dictadas por esta Corporación. Con todo, la Sala concluye que los niños no podrán ser desvinculados, teniendo que garantizarse por la EPS la afiliación y atención efectivamente en atención al artículo 44 del Estatuto Fundamental.

De conformidad con lo expuesto, se ordenará a Saludcoop EPS incluir a Cristian Fernando y Cristofer Fernando como cotizantes adicionales del señor Luís Ernesto García García, en las condiciones ya anotadas, hasta tanto alguno de sus padres esté en capacidad de ingresar a los diferentes regímenes de manera autónoma, y se encuentren inscritos efectivamente para acceder a los servicios de salud a que haya lugar. También prevendrá a dicha entidad para que se abstenga de desafiliar a los infantes hasta tanto se garantice su vínculo con el

sistema de salud.

6.8. En relación con la suscripción y pago del título valor como garantía de la cancelación de la unidad de pago por capitación adicional, esta Sala encuentra que no existe justificación alguna para que el acceso efectivo a las prestaciones en salud, se encuentre restringido por causas meramente económicas, máxime tratándose de menores en temprana infancia que ostentan la categoría de sujetos de especial protección constitucional y además se encuentran en condición de debilidad manifiesta.

La Corte destaca que la EPS puede hacer uso de otras vías judiciales para el cobro del documento crediticio, pero en ningún caso puede condicionar la prestación del servicio de los niños Amorocho García bajo tal argumento.

6.9. Finalmente, este Tribunal advierte que lo concerniente a la devolución de los costos incurridos por el actor para la atención de sus nietos, no genera una afectación directa a los derechos fundamentales de los niños, en consecuencia, no es la acción de tutela el mecanismo judicial idóneo para reclamar su reintegro. De tal forma, ese litigio deberá ventilarse ante la jurisdicción ordinaria o ser tramitado por el conducto que la Superintendencia Nacional de Salud destine para esos efectos.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la decisión adoptada el día treinta y uno (31) de julio de dos mil doce (2012) por el Juzgado Séptimo del Circuito de Bucaramanga que confirmó la sentencia del veinte (20) de julio de dos mil doce (2012) proferida por el Juzgado Primero Municipal de Bucaramanga, dentro del trámite de la acción de tutela instaurada por Luís Ernesto García García contra Saludcoop EPS, y en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la integridad personal de la accionante.

Segundo.- ORDENAR a Saludcoop EPS que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, restablezca la afiliación de todo el

núcleo familiar del señor Luís Ernesto García García incluyendo a sus nietos, a quienes no se les podrá exigir el pago de la UPC adicional. PREVENIR a dicha entidad para que se abstenga de desafiliar a los niños Cristian Fernando y Cristofer Fernando Amorocho García hasta tanto se garantice su vínculo con el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Tercero.- LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

A LA SENTENCIA T-133/13.

Referencia: Expediente T-3.656.690

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Aclaro el voto en la ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, acogida por la mayoría de la Sala Quinta de Revisión, porque, aunque estoy de acuerdo con la decisión, considero que se debió amparar también el derecho al mínimo vital del accionante.

Al pronunciarse sobre las pretensiones económicas presentadas por el actor, la sentencia concluye: en primer lugar, en lo que tiene que ver con la suscripción y cancelación del título valor como garantía del pago de la UPC, que la EPS puede hacer uso de otras vías judiciales para el cobro del documento crediticio al accionante, pero en ningún caso puede condicionar la prestación del servicio a los niños bajo ese argumento; y en segundo lugar, en lo concerniente a la devolución de los costos en los que incurrió el actor para la atención de sus nietos, con posterioridad a la suspensión del servicio de salud, que por no generar una afectación directa a los derechos fundamentales de los niños, no es la acción de tutela el mecanismo judicial idóneo para reclamar su reintegro. Por este motivo, considera que tal pretensión debe ser resuelta ante la jurisdicción ordinaria, o tramitada por el conducto que la Superintendencia Nacional de Salud tenga previsto para el efecto.

Considero que esta afirmación se aparta de lo señalado en las consideraciones de la decisión, en el que se afirma que “(...) el menor tiene derecho a la atención en salud desde el mismo momento de su nacimiento por parte de la entidad promotora de salud a la cual se encuentra vinculada su progenitora como beneficiaria, siempre que aquella no haya adelantado el acompañamiento pertinente para que la madre realice la afiliación de su hijo (...) En todo caso, los costos en que incurra la EPS deberían ser asumidos por la subcuenta de solidaridad del Fosyga”

En este sentido, al aplicar esta regla al caso concreto, se debió concluir: (i) que la EPS ha vulnerado el derecho al mínimo vital del accionante –que afirma no tener dinero para sufragar la deuda contenida en el título valor, y cuya afirmación no fue controvertida por la entidad demandada-; (ii) que la EPS debe acudir al Fosyga a reclamar el pago de los tratamientos que recibieron los dos menores recién nacidos, a los cuales el Estado les debe prestar atención médica gratuita; (iii) que la afirmación del juez de segunda instancia, relativa a la imposibilidad de resolver controversias económicas por vía de tutela, no obsta para que la Sala conceda el amparo el derecho al mínimo vital y evite el cobro del título

valor, pues el pago de tales dineros deberá definirse en un proceso distinto entre la EPS y el Fosyga, pero no deben ser cobrados al abuelo de los recién nacidos.

De esta manera, expongo las razones que me llevan a aclarar el voto con respecto a las consideraciones y la decisión que se adoptó en el asunto de la referencia.

Fecha ut supra,

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

[1] Folio 12, cuaderno núm. 1.

[2] Ibídem.

[3] Folio 7, cuaderno núm. 2.

[4] Folio 24, cuaderno de revisión.

[5] Folios 30 y 31, cuaderno de revisión.

[6] Folio 34, cuaderno de revisión.

[7] Folio 32, cuaderno de revisión.

[8] Folio 33, cuaderno de revisión.

[9] Folio 35, cuaderno de revisión.

[10] Folios 42 y 43, cuaderno de revisión.

[11] Folios 38 al 40, cuaderno de revisión.

[12] Folio 36, cuaderno de revisión.

[14]

<http://ruafsvr2.sispro.gov.co/RUAF/Cliente/WebPublico/Consultas/D04AfiliacionesPersonaRUA>

F.aspx, perteneciente a la página web del Sistema Integral de Información de la Protección Social -SISPRO-, Registro Único de Afiliados -RUAF-, consultado el 6 y 13 de febrero de 2013.

[15]

<http://ruafsvr2.sispro.gov.co/RUAF/Ciente/WebPublico/Consultas/D04AfiliacionesPersonaRUAF.aspx>, perteneciente a la página web del Sistema Integral de Información de la Protección Social -SISPRO-, Registro Único de Afiliados -RUAF-, consultado el 18 de febrero de 2013.

[16] Ibídem.

[17] Ibídem.

[18] Ibídem.

[19] Consultado en la página web del Fondo de Solidaridad y Garantía en Salud, el 26 de febrero de 2013.

http://www.fosyga.gov.co/fisalud/CGI/buda_consulta_afil_con_dnn.asp?Token=S9I8ABZ0D07M1P7ILE18VZGPI7.

[20] Consultado en la página web del Fondo de Solidaridad y Garantía en Salud, el 26 de febrero de 2013.

http://www.fosyga.gov.co/fisalud/CGI/buda_consulta_afil_con_dnn.asp?Token=X5V3V4UNW9YU1RSIRAE2GSBB1G.

[21] Constitución Política, artículo 48.

[22] Constitución Política, artículo 49.

[23] Sentencias T-200 de 2007, T-654 de 2010, entre otras.

[24] Al respecto, es oportuno referir lo expuesto en la sentencia T-581 de 2007 donde esta corporación señala: “A su turno, la urgencia de la protección del derecho a la salud se puede dar en razón a ... que se trate de un sujeto de especial protección constitucional (menores, población carcelaria, tercera edad, pacientes que padecen enfermedades catastróficas, entre otros).”

[25] Esta decisión ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-060 de 2007, T-148 de 2007, T-760 de 2008, entre otras.

[26] Sentencias T-201 de 2009, T-654 de 2010, entre otras.

[27] Corte Constitucional, Sentencia T-016 de 2007.

[28] El PIDESC, artículo 12, contempla “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

[29] Observación General N° 14 (2000) “El derecho del más alto nivel posible de salud” (2).

[30] Observación General N° 14 (2000) “El derecho del más alto nivel posible de salud” (9). “(...) un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano. Así, los factores genéticos, la propensión individual a una afección y la adopción de estilos de vida malsanos o arriesgados suelen desempeñar un papel importante en lo que respecta a la salud de la persona [...].”

[31] Corte Constitucional, Sentencia T-085 de 2007, en este caso se decidió que “(...) la prestación del servicio de salud a los usuarios del SGSSS debe ser oportuna y eficiente, pues ello garantiza que las condiciones de salud del paciente tiendan -como es su esencia- hacia la recuperación o control de la enfermedad que lo aqueja y no hacia una mayor perturbación funcional de su organismo que pueda afectar su derecho a la vida en condiciones dignas.”

[32] En la sentencia T-597 de 1993, por ejemplo, la Corte tuteló el derecho a la salud de un niño al que se le habían generado afecciones de salud, producto de un servicio médico mal practicado, y la posterior omisión para enmendar el error.

[33] Véanse: T-059 de 1997, T-515 de 2000, T-746 de 2002, C-800 de 2003, T-685 de 2004, T-858 de 2004, T-875 de 2004, T-143 de 2005, T-305 de 2005, T-306 de 2005, T-464 de 2005, T-508 de 2005, T-568 de 2005, T-802 de 2005, T-842 de 2005, T-1027 de 2005, T-1105 de 2005, T-1301 de 2005, T-764 de 2006, T-662 de 2007, T-690 A de 2007, T-807 de 2007, T-970 de 2007 y T-1083 de 2007.

[34] Corte Constitucional, Sentencia T-059 de 2007 , en este caso se tuteló el derecho de un joven de 23 años a que no se interrumpiera el tratamiento que recibía por un problema de adicción que lo llevó a perder su cupo como estudiante, a pesar de que se le atendía en condición de beneficiario de su padre, por ser estudiante.

[35] Corte Constitucional, Sentencia T-597 de 1993.

[36] Son varios los casos en donde se ha tomado esta decisión. En ellos se ha señalado que una relación jurídica es la que supone la prestación del servicio de salud, el cual debe mantenerse en virtud del principio de continuidad, y otra la relación contractual entre la EPS y el empleador, de carácter dinerario, que en caso de incumplimiento da lugar a las diferentes medidas jurídicas orientadas al cobro. Entre otras, pueden verse las sentencias: T-406 de 1993, T-057 y T-669 de 1997; T-154 A de 1995 y T-158 de 1997; T-072 de 1997 y T-202 de 1997. Recientemente se dijo al respecto en la Sentencia T-360 de 2001: “De la jurisprudencia citada se observa, que si bien existe una obligación directa a cargo del patrono que incumple con su obligación legal de pagar en forma oportuna los aportes de sus empleados por concepto de salud, también lo es, que dicha obligación no exonera en forma total a la EPS de atender a los afiliados o a sus beneficiarios, en el evento de que requieran atención en salud, con fundamento en los principios de continuidad de los servicios públicos y del derecho irrenunciable a la seguridad social (CP. Arts. 48 y 49). Adicionalmente, como se vio, las EPS disponen por ministerio de la ley, de mecanismos para repetir en contra de los patronos incumplidos por los costos en que incurran en la prestación de servicios médicos o suministro de medicamentos.”

[37] En la Sentencia T-281 de 1996 se ordenó al I.S.S. practicar una operación a una persona, a pesar de que ya no estaba afiliado, pues mientras se terminaban los trámites administrativos para llevar a cabo la intervención quirúrgica, había sido desvinculado unilateralmente de su trabajo.

[38] En la Sentencia T-396 de 1999 se ordenó al I.S.S. culminar un tratamiento quirúrgico en el sistema óseo, a pesar de que la persona había alcanzado su mayoría de edad y en consecuencia había perdido el derecho a la pensión de sobreviviente por la muerte de su padre, razón por la que era atendida por el I.S.S.

[39] En la Sentencia T-730 de 1999 se ordenó a una EPS continuar prestándole el servicio

médico que se le venía dando a una mujer embarazada, a quien se le había suspendido el servicio en razón a que una norma reglamentaria (D.824 de 1988) disponía que por su condición laboral y su relación familiar con su patrón, ella no podía haber sido afiliada por él.

[40] En la Sentencia T-1029 de 2000 se decidió que en virtud del principio de continuidad que rige el servicio de salud, una EPS está obligada a atender a un afiliado nuevo desde el primer día del traslado, incluso cuando el empleador no ha cancelado aún los aportes a la nueva entidad.

[41] En la Sentencia T-636 de 2001 se decidió que era necesario suministrar bolsas de colostomía a una persona (bolsas externas al cuerpo para recoger materias fecales), en el interregno entre dos operaciones, por considerar que hacían parte del tratamiento y en esa medida, no darlas implicaba suspender la continuidad del mismo.

[42] Sentencia T-111 de 2004.

[44] Sentencia T-037 de 2006.

[45] Sentencia C-507 de 2004.

[46] Sentencias C-041 de 1994 y T-391 de 2009.

[47] Sentencias T-170 y 663 de 2010.

[48] Sentencias T-964 de 2007 y T-170 de 2010.

[49] Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7 (2005), sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia. Respecto a la responsabilidad del Estado en el acceso al servicio de salud de los niños en primera infancia puede observarse el párrafo 27, en el cual se establece lo siguiente: “[l]os Estados Partes deberán garantizar que todos los niños tengan acceso al más alto nivel posible de salud y nutrición durante sus primeros años, a fin de reducir la mortalidad infantil y permitir al niño disfrutar de un inicio saludable en la vida (art. 24). En especial: || a) Los Estados Partes tienen la responsabilidad de garantizar el acceso a agua potable salubre, a saneamiento e inmunización adecuados, a una buena nutrición y a servicios médicos, que son esenciales

para la salud del niño pequeño, así como a un entorno sin tensiones. La malnutrición y la enfermedad tienen repercusiones a largo plazo en la salud y el desarrollo físicos del niño. Afectan al estado mental del niño, inhiben el aprendizaje y la participación social y reducen sus perspectivas de realizar todo su potencial. Lo mismo puede decirse de la obesidad y los estilos de vida poco saludables. || b) Los Estados Partes tienen la responsabilidad de hacer efectivo el derecho del niño a la salud, fomentando la enseñanza de la salud y el desarrollo del niño, en particular las ventajas de la lactancia materna, la nutrición, la higiene y el saneamiento. Deberá otorgarse prioridad también a la prestación de atención prenatal y postnatal adecuada a madres y lactantes a fin de fomentar las relaciones saludables entre la familia y el niño, y especialmente entre el niño y su madre (u otros responsables de su cuidado) (art. 24.2). Los niños pequeños son también capaces de contribuir ellos mismos a su salud personal y alentar estilos de vida saludables entre sus compañeros, por ejemplo mediante la participación en programas adecuados de educación sanitaria dirigida al niño. (...)”

[50] Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 5 (2003), sobre medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44). Acerca del interés superior del niño puede observarse el párrafo 12, en el cual se explica que “(...) el principio exige la adopción de medidas activas por el gobierno, el parlamento y la judicatura. Todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente.”.

[51] Artículo 166 de la Ley 100 de 1993.

[52] *Ibíd.*

[53] Sentencia T-763 de 2011.

[54] Constitución Política, artículo 50: “Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en

todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia.”

[55] Ley 1098 de 2006, art. 7.

[56] *Ibíd*em, art. 8.

[57] Ley 100 de 1993, art. 2, lit. b: “El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación: (...) Universalidad: Es la garantía de protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida”. En igual sentido, el art. 153 de la misma ley modificado por el artículo 3 de la Ley 1438 de 2011 establece: “Son principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud: (...) Universalidad. El Sistema General de Seguridad Social en Salud cubre a todos los residentes en el país, en todas las etapas de la vida. (...) Obligatoriedad. La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud es obligatoria para todos los residentes en Colombia. (...) Continuidad. Toda persona que habiendo ingresado al Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene vocación de permanencia y no debe, en principio, ser separado del mismo cuando esté en peligro su calidad de vida e integridad.”.

[58] Artículo 157 de la ley 100 de 1993.

[59] Artículo 156: “f) Por cada persona afiliada y beneficiaria, la entidad promotora de salud recibirá una unidad de pago por capitación, UPC, que será establecida periódicamente por el consejo nacional de seguridad social en salud;”

Artículo 182: De los ingresos de las entidades promotoras de salud. Las cotizaciones que recauden las entidades promotoras de salud pertenecen al sistema general de seguridad social en salud.

Por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el plan de salud obligatorio para cada afiliado, el sistema general de seguridad social en salud reconocerá a cada entidad promotora de salud un valor per cápita, que se denominará unidad de pago por capitación, UPC. Esta unidad se establecerá en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en

condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, y será definida por el consejo nacional de seguridad social en salud, de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de Salud. (negrilla fuera de texto original).

[60] Artículo 163, Ley 100 de 1993.

[61] Ibídem, párrafo 2º.

[62] Artículo 40, Decreto 806 de 1998.

[63] Numeral modificado por el art. 7 del D. 1703 de 2002, a su vez modificado por el art. 1 del D. 2400 de 2002. El nuevo texto es el siguiente: “Adicionalmente el afiliado cotizante, respecto de los cotizantes dependientes será responsable del pago del valor mensual definido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud para la financiación de las actividades de promoción de la salud y prevención de la enfermedad y de un valor destinado a la Subcuenta de Solidaridad. Este último equivaldrá al 10% de la sumatoria del valor que resulte de sumar las UPC a pagar de acuerdo con su grupo etéreo fijadas en la tabla más el valor de promoción y prevención. El pago de los aportes correspondientes a los cotizantes dependientes se hará con cargo a los recursos del cotizante, directamente o a través de descuentos de nómina del cotizante.”

[64] Numeral modificado por el art. 8 del D. 783 de 2000.

[65] Prohibido por el párrafo transitorio del art. 32 de la Ley 1438 de 2011: “A partir del primero de enero del 2012 no habrá periodo de carencia en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.”

[66] Cfr. T-1199 de 2005

[68] Sentencia T-1035 de 2006.

[69] En Sentencia T-1093 de 2007, la Corte analizó estas opciones en los siguiente términos: “En cuanto a la afiliación del menor al régimen subsidiado, ésta resulta poco apropiada por cuanto, para ello se requeriría el traslado de su madre al mismo régimen, con lo cual, perdería los beneficios a los que tiene derecho como afiliada al régimen contributivo aún cuando, por pertenecer al grupo familiar de un cotizante está en condiciones de gozar

de ellos. Frente a la segunda posibilidad, es preciso tener en cuenta que, como se anotó en líneas anteriores, la pertenencia a la categoría de participantes vinculados debe ser transitoria mientras se ingresa en calidad de afiliado –cotizante o beneficiario– a uno de los dos regímenes y en todo caso, concedería al menor acceso restringido a los servicios de salud con el inconveniente adicional de que en algunos casos podría cuestionarse su atención por encontrarse la madre afiliada al régimen contributivo de seguridad social en salud. (...) En todo caso, considera la Sala que, si es claro que la intención del legislador es lograr la inserción del mayor número de personas posible en el régimen contributivo y que ésta es la opción más apropiada en cuanto a la garantía del derecho a la salud del menor, las exigencias de tipo económico no pueden imponerse como obstáculos para proveer la disponibilidad de la atención que éste requiere. Es más, privar al menor de la inserción en el sistema de seguridad social en salud en tanto su madre ingresa al régimen contributivo o al subsidiado constituye una vulneración del derecho a la salud y a la seguridad social del mismo, por cuanto, como antes se afirmó, para entender lesionados estos derechos no se requiere la negación de servicios médicos ante una patología determinada.”

[70] Sentencias T-953 de 2003, T-950 de 2005, T-1199 de 2005, T-1035 de 2006, T-1093 de 2007, T-763 de 2011, entre otras.

[71] La protección del derecho a la salud para los niños en temprana edad no se limita a garantizar la forma en que éste se debe afiliarse al sistema de salud, sino que también se extiende a la realización de procedimientos médicos específicos. Por ejemplo, en la sentencia T-950 de 2005 se ordenó a una EPS la prestación de un servicio de salud al bebé de una madre adolescente que estaba afiliada al sistema como beneficiaria, al cual previamente se le había denegado el procedimiento médico bajo el entendido de que el recién nacido no estaba vinculado de alguna forma al sistema.

[72] De conformidad con la sentencia T-1035 de 2006, el niño dependiente de los abuelos, que es hijo de padres adolescentes pertenecientes al régimen contributivo, tiene tres alternativas para ingresar al sistema de seguridad social en salud: “(i) como miembro dependiente de su abuelo o abuela, cuando la familia del menor cuente con capacidad económica para asumir el costo de la UPC adicional regulada en el art. 40 del Decreto 806 de 1998, (ii) como beneficiario de su mamá, cuando esta pueda acceder al Sistema como afiliada principal, (iii) como afiliado en el régimen subsidiado una vez sus padres ingresen

al mismo.” La hipótesis para la cual se plantea la desprotección, es cuando no se tiene recursos económicos para afiliar al menor como se explica en la opción uno y las dos alternativas restantes resultan muy gravosas para el bebé y su entorno familiar.

[73] Véase la sentencia T-1093 de 2007. En esa ocasión se estudió el caso de una cotizante del régimen contributivo que solicitaba la afiliación de su nieto como miembro de su grupo familiar, porque la madre adolescente, hija de la accionante, dependía totalmente de ella y no tenía los recursos para vincular el bebé de manera independiente. La Corte amparó el derecho fundamental a la salud y ordenó la afiliación del niño eximiendo a la abuela del pago de la cuota adicional. Soportó su decisión en que (i) se había demostrado la incapacidad económica para sufragar mensualmente la cuota adicional, y que (ii) buscar la vinculación del menor en el régimen subsidiado era muy gravoso para la madre del menor, porque tendría que trasladarse y perdería los beneficios de pertenecer al régimen contributivo como beneficiaria, pero además, porque aspirar a la atención médica como participante vinculado le generaría inconvenientes de trámite por encontrarse su madre en el régimen contributivo. Así las cosas, en la parte resolutive de la sentencia se ordenó a la EPS respectiva que, “(...) afilie al menor David Santiago Barbosa Murcia en calidad de cotizante dependiente de la señora Dora Elisa Murcia Téllez, sin exigir para el efecto las prestaciones de tipo económico ni las garantías previstas por el artículo 40 del decreto 806 de 1998 y 2º del decreto 47 de 2000 o cualquier otra norma que los complemente, derogue o modifique (...)”.

[74] “Artículo 20. PRESUNCIÓN DE VERACIDAD. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa”.

[75] Cfr. núm 4.1. de la parte considerativa, donde se mencionan: Convención sobre los Derechos del Niño, Declaración de los Derechos del Niño, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos, Declaración Universal de Derechos Humanos.

[76] Consultados por los funcionarios del Despacho Sustanciador en las direcciones electrónicas del Sistema Integral de Información de la Protección Social (SISPRO) – Registro

Único de Afiliados (RUAF); y del Fondo de Garantía y Solidaridad en Salud (FOSYGA) – Base Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social (BDUA), dichos documentos fueron enlistados en el acápite de pruebas.

[77] Nació el 5 de junio de 1994, según consta en la copia de la contraseña expedida por la Registraduría General de la Nación, que obra a folio 24 del cuaderno de revisión.

[78] Ambos nacidos el 17 de noviembre de 2011, según consta en la copia de los respectivos registros civiles de nacimiento, que obran a folios 30 y 31 del cuaderno de revisión.

[79] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda. Expediente número 1476-06, sentencia del 29 de septiembre de 2011.

[80] Sobre el particular, en la Sentencia T-763 de 2011 se indicó: “debe entenderse que la incapacidad económica para asumir un costo derivado del ingreso al sistema de salud de un miembro de la familia se califica a la luz de las otras necesidades de las personas que la componen, pues de lo contrario se les pondría en riesgo la materialización de una vida en condiciones de dignidad.”